



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais -
FAJS

JULIANA ZANETI SILVA E SOUZA

**(IM)POSSIBILIDADE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM MATÉRIA
TRIBUTÁRIA**

Brasília
2011

JULIANA ZANETI SILVA E SOUZA

**(IM)POSSIBILIDADE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM MATÉRIA
TRIBUTÁRIA**

Monografia apresentada comorequisito
para conclusão do curso de Bacharelado
em Direito pela Faculdade de Ciências
Jurídicas e Ciências Sociais do Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB.
Orientador: Prof. César Binder

Brasília
2011

JULIANA ZANETI SILVA E SOUZA

**(IM)POSSIBILIDADE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM MATÉRIA
TRIBUTÁRIA**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de Bacharelado
em Direito pela Faculdade de Ciências
Jurídicas e Ciências Sociais do Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB.
Orientador: Prof. César Binder

Brasília, de de .

Banca Examinadora

Prof. Orientador

Prof. Examinador

Prof. Examinador

Agradeço a Deus por ter me dado força para superar os momentos de desânimo, à minha família que esteve sempre junto nos momentos de dificuldade, aos meus pais que sempre me forneceram suporte para realizar meus sonhos e contribuíram tão generosamente para o meu sucesso.

Agradeço ao meu professor orientador César Binder pela paciência, qualidade e seriedade da orientação e a todos que de alguma forma torceram por mim.

RESUMO

A Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, disciplina a Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico e outros interesses difusos e coletivos. A Lei nº 8.078/90 acrescentou à Lei nº 7.347/85 a possibilidade de se tutelar por meio de ação civil pública qualquer interesse difuso ou coletivo. No presente trabalho, analisa-se os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, a validade do parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 7.347/85, acrescentado atualmente pela Medida Provisória 2.180-35 de 2001, parágrafo único este que proíbe a veiculação de questão tributária em ação civil pública e a viabilidade de se arguir a constitucionalidade de uma norma, em sede de ação civil pública. Por fim, cita-se o posicionamento doutrinário e jurisprudencial.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Processual Civil. Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Ação Civil Pública. Lei n. 7.347/85. Lei n.º 8.078/90. Matéria Tributária. Controle de Constitucionalidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....	8
1.1. <i>Considerações iniciais e Conceito.....</i>	<i>8</i>
1.2. <i>Direitos difusos, coletivos e homogêneos.....</i>	<i>11</i>
1.3. <i>Legitimidade.....</i>	<i>14</i>
1.4. <i>Objeto da ação civil pública.....</i>	<i>16</i>
1.5. <i>Coisa julgada.....</i>	<i>18</i>
2 – DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA.....	21
2.1. <i>Da obrigação tributária como interesse difuso ou coletivo.....</i>	<i>21</i>
2.2. <i>Da obrigação tributária como interesse individual homogêneo.....</i>	<i>24</i>
2.3. <i>Controle de constitucionalidade.....</i>	<i>26</i>
2.3.1. <i>A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil.....</i>	<i>26</i>
2.3.2. <i>Controle difuso e abstrato.....</i>	<i>31</i>
2.3.3. <i>Ação direta de inconstitucionalidade.....</i>	<i>33</i>
2.3.4. <i>Ação declaratória de constitucionalidade.....</i>	<i>34</i>
2.3.5. <i>Da ação civil pública intentada como substituta da ação direta de inconstitucionalidade.....</i>	<i>35</i>
3. DO POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL ACERCA DA MATÉRIA.....	37
3.1. <i>Posicionamento doutrinário.....</i>	<i>37</i>
3.2. <i>Posicionamento jurisprudencial.....</i>	<i>40</i>
CONCLUSÕES.....	48
REFERÊNCIAS.....	51

INTRODUÇÃO

O instrumento da ação civil pública foi introduzido no ordenamento jurídico pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, com o fim precípuo de assegurar o acesso à justiça em prol dos direitos de natureza coletiva *lato sensu*, que se classificam em direitos ou interesses coletivos *stricto sensu*, difusos e individuais homogêneos, previstos no art. 1º da referida lei.

Com a entrada da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor, foi acrescentado o inciso IV da lei de ação civil pública, para a proteção “a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”.

Preliminarmente, são expostas algumas considerações iniciais e o conceito da ação civil pública. Em seguida, será esclarecido o que vem a ser os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, uma vez que o dano ou ameaça de dano a referidos interesses constituem o pressuposto central da ação civil pública. Serão, ainda, itens desta primeira etapa a legitimidade, o objeto e a coisa julgada da ação civil pública.

O segundo capítulo, enfocará a ação civil pública em matéria tributária, elemento de suma importância ao desenvolvimento deste trabalho. Será apresentada a obrigação tributária como interesse difuso, coletivo ou homogêneo.

Será abordado nesse capítulo, ainda, o controle de constitucionalidade, o histórico e a evolução do controle de constitucionalidade nas Constituições Brasileiras até a Constituição de 1988, as características do controle difuso e abstrato, a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a ação civil pública intentada como substituta da ação direta de inconstitucionalidade e a vedação legal do uso da ação civil pública em matéria tributária.

Ademais, o terceiro capítulo, “Do posicionamento doutrinário e jurisprudencial acerca da matéria”, abordará argumentos de doutrinadores que estão

a favor e outros que estão contra o uso da ação civil pública em matéria tributária e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, mister se faz mencionar que a metodologia adotada na presente pesquisa foi a revisão crítica de literatura, bem como a pesquisa prática da situação, a qual teve como fontes, dentre outras, a legislação pátria, a doutrina e a jurisprudência.

1. AÇÃO CIVIL PÚBLICA

1.1. Considerações iniciais e Conceito

O termo ação civil pública foi citado pela primeira vez na Lei Complementar 40, de 13 de dezembro de 1981, a Lei Orgânica do Ministério Público, que atribuiu ao Ministério Público a função institucional de “promover a ação civil pública nos termos da lei”.¹

Em 24 de julho de 1985 foi editada a Lei nº 7.347, a Lei da Ação Civil Pública, que é o instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e por infrações da ordem econômica, protegendo assim os interesses difusos da sociedade.²

Na realidade, a ação civil pública surgiu com o seu campo de aplicação restrito. A legislação posterior, especialmente o Código de Defesa do Consumidor, ampliou as áreas, permitindo que a ação civil pública viesse a abranger os interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos.³

Hely Lopes Meirelles conceitua a ação civil pública, como:

... instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, protegendo os interesses difusos da sociedade. Não se presta a amparar direitos individuais, nem se destina à reparação de prejuízos causados por particulares pela conduta, comissiva ou omissiva, do réu.⁴

¹MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, e outros interesses difusos e coletivos*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p.25

²SILVA, Paulo Márcio da. *Inquérito civil e ação civil pública – instrumentos da tutela coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.21.

³MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.162

⁴MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data*. São Paulo: Malheiros, p.152.

O emprego da expressão ação civil pública era pra diferenciar a ação não-penal da ação penal pública proposta pelo Ministério Público. Sua denominação estava relacionada apenas à titularidade ativa da ação, ou seja, decorria do fato de que cabia a Ministério Público, e a mais ninguém, a legitimidade para exercê-la.⁵

A ação civil pública foi constitucionalizada pela Constituição Federal de 1988, que no seu artigo 129, III, ao enumerar as funções institucionais do Ministério Público, apontou o de “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.⁶

A Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985 – Lei da Ação Civil Pública traz como marco inicial efetivo a defesa dos interesses coletivos *lato sensu*. Essa lei visa à prevenção ou composição de danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, ordem urbanística e a infração da ordem econômica ou da economia popular, artigo 1º da referida lei, *in verbis*:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

V - por infração da ordem econômica e da economia popular;

VI – por infração da ordem econômica.⁷

Destarte, cumpre informar que convencionou-se denominar “ação coletiva” para qualquer legitimado que não seja o Ministério. No entanto, não há utilidade prática em diferenciar a ação civil pública da ação coletiva, haja vista que

⁵ LOUREIRO, Caio Márcio. *Ação civil pública e o acesso à justiça*. São Paulo: Método, 2004. p.107-108.

⁶ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública: nova jurisdição trabalhista metaindividual: legitimação do ministério público*. São Paulo :LTr. 2001. p. 91.

⁷ BRASIL. *Lei Federal n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências*. In: VadeMecum Compacto de Direito Rideel/ Obra Coletiva de autoria da Editora Rideel. – São Paulo: Rideel, 2010

as duas têm a mesma estrutura processual e geram os mesmos efeitos. A expressão “ação civil pública” encontra-se na Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985 – Lei da Ação Civil Pública, e a expressão “ação coletiva” encontra-se na Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor.⁸

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, em 05 de outubro de 1988, a Lei da Ação Civil Pública foi recepcionada expressamente ao atribuir como uma das funções institucionais do Ministério Público a titularidade para a promoção da referida ação, incluindo os direitos difusos e coletivos (art. 129, III, da Constituição Federal).

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.⁹

Não obstante, com a entrada da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor, foi inserido, em nosso ordenamento jurídico, os conceitos de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Essa definição encontra-se nos incisos I, II, e III do parágrafo único do artigo 81 da citada lei.

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.¹⁰

⁸ LOUREIRO, Caio Márcio. *Ação civil pública e o acesso à justiça*. São Paulo: Método, 2004. p. 108.

⁹ BRASIL. *Constituição Federal da República do Brasil*. In: VadeMecum Compacto de Direito Rideel/ Obra Coletiva de autoria da Editora Rideel. – São Paulo: Rideel, 2010

¹⁰ BRASIL. *Lei Federal n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor)*. *Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências*. In: VadeMecum Compacto de Direito Rideel/ Obra Coletiva de autoria da Editora Rideel. – São Paulo: Rideel, 2010

Neste sentido, a Lei de Ação Civil Pública e o Código do Consumidor se completam e podem indistintamente ser utilizadas em ações que abordam sobre a defesa de interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, conforme disposições finais do código do consumidor, artigo 110 e 111, *in verbis*:

Art. 110. Acrescente-se o seguinte inciso IV ao art. 1º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985:

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Art. 111. O inciso II do art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, passa a ter a seguinte redação:

II - inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, ou a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.¹¹

A ação civil pública é um instrumento jurídico, cujo objetivo é tutelar interesses e direitos afetos a uma coletividade de pessoas determináveis ou não, representadas em juízo por órgãos ou entidades cujas às quais a lei conferiu legitimidade para postular, sendo, contudo, à luz da Carta Magna, preponderante a atuação do Ministério Público, posto ser sua função institucional promover a defesa da ordem jurídica e dos interesses coletivos.¹²

1.2. Direitos difusos, coletivos e homogêneos

A Lei nº 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, veio acrescentar o inciso IV ao artigo 1º da Lei 7.347/85, incluindo no campo da ação civil pública a imputação de responsabilidade por danos causados “a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”. Foi o Código de Defesa do Consumidor que veio definir o que seriam direitos difusos, coletivos e direitos individuais homogêneos.¹³

¹¹ BRASIL. *Lei Federal n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.* In: VadeMecum Compacto de Direito Rideel/ Obra Coletiva de autoria da Editora Rideel. – São Paulo: Rideel, 2010

¹² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para Agir*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 18

¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.7-8.

Os direitos difusos são todos aqueles interesses caracterizados por estarem relacionados a um bem indivisível, que não pode ser atribuído em sua totalidade ou em partes a qualquer dos interessados. Os sujeitos relacionados aos interesses difusos possuem variável grau de determinação, sendo, no entanto, impossível sua atribuição individualizada a qualquer deles.¹⁴

Mazzilli define interesses difusos como “os interesses *indivisíveis* de grupos menos determinados de pessoas, entre as quais *inexiste* vínculo jurídico ou fático muito preciso”.¹⁵ Percebe-se que a indivisibilidade dos interesses difusos refere-se ao seu objeto, pois não pode ser quantificado e distribuído entre os membros da coletividade, como por exemplo, o meio ambiente, a qualidade do ar, a poluição sonora/ visual e etc.

Os direitos coletivos são os interesses transindividuais indivisíveis de um grupo determinado ou determinável de pessoas, reunidos por uma relação jurídica básica comum. Assim, o dano decorre da própria relação jurídica que une todo o grupo, como por exemplo, os mutuários do Sistema Financeiro de Habitação (SFH) uma ilegalidade no contrato atinge a todos.¹⁶

Conforme preleciona Ada Pellegrini Grinover,

o que diferencia os direitos coletivos dos direitos difusos é a determinabilidade dos seus titulares, seja através da relação jurídica base que [os] une (membros de uma associação de classe ou ainda acionistas de uma mesma sociedade), seja por meio do vínculo jurídico que [os] liga à parte contrária (contribuintes de um mesmo tributo, prestamistas de um mesmo sistema habitacional ou contratantes de um segurador com um mesmo tipo de seguro, estudantes de uma mesma escola etc.).¹⁷

¹⁴ LOUREIRO, Caio Márcio. *Ação civil pública e o acesso à justiça*. São Paulo: Método, 2004. p. 133-138.

¹⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, e outros interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Saraiva, 1996 p. 7.

¹⁶ BARROSO, Rodrigo da Silva. *Noções Sobre A Ação civil pública*. Publicado em 11/05/2008. Acesso em 09/06/2011. Disponível em <<http://www.webartigos.com/articles/5974/1/Noco-es-Sobre-A-Acao-Civil-Publica/pagina1.html#ixzz1PNWCSx00>>

¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 744.

A defesa coletiva dos interesses individuais homogêneos veio, somente, com o advento do Código de Defesa do Consumidor que garantiu a defesa desses direitos por meio da ação civil pública.¹⁸

Mazzilli define os direitos individuais homogêneos como,

aqueles que têm origem comum e são compartilhados na mesma medida por pessoas que se encontram unidas pela mesma situação de fato. São divisíveis, ou seja, quantificáveis em face dos titulares, como os consumidores que comprem produto fabricado em série, com o mesmo defeito.¹⁹

Os direitos individuais homogêneos têm que ter, obrigatoriamente, uma origem comum. O vínculo com parte contrária em determinados casos é consequência da própria lesão. Essa relação jurídica que nasce na lesão pode ser, ao contrário dos direitos difusos e coletivos, individualizada na pessoa de cada um dos prejudicados, pois foram atingidos de modos diferentes na sua esfera jurídica, permitindo aí a determinação, ou ao menos, a determinabilidade das pessoas atingidas. Essa determinação acontece quando cada um exercita seu direito, surgindo uma demanda que visa uma tutela coletiva de interesses individuais e homogêneos.²⁰

O significado da expressão *origem comum* está vinculada, no plano processual, ao exame da causa de pedir, ponderando que o aprofundamento da análise da causa de pedir possibilita que se compreenda a razão pela qual as três modalidades de direitos e interesses metaindividuais, ao mesmo tempo que são inconfundíveis entre si, por suas características específicas, pode, no caso concreto, apresentar implicações, relações e interferências recíprocas.²¹

¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo*. 4 ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2004. p 35-36.

¹⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 14 ed., rev., amp. eat., São Paulo: Saraiva 2002, p. 164.

²⁰ LOUREIRO, Caio Márcio. *Ação civil pública e o acesso à justiça*. São Paulo: Método, 2004. p. 141-147.

²¹ PINTO, Maria Hilda Marsiaj *apud* Yoshida. *Ação civil pública: fundamentos da legitimidade ativa do ministério público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 34

A causa de pedir próxima é associada aos fundamentos jurídicos empregados pelo autor na demanda que sirvam para justificar seu pedido.²² Já a causa de pedir remota consiste no complexo dos fatos geradores do direito pretendido pelo autor.²³

Assim, em que pese serem os direitos individuais homogêneos provenientes de causa comum que atinge uniformemente a todos os lesados, são metaindividuais apenas para fins de tutela judicial coletiva, porque continuam a possuir, no plano do direito material, característica individual clássica. Trata-se, então de prerrogativa processual concedida em razão da homogeneidade causal.

1.3. Legitimidade

Legitimidade é a idoneidade do sujeito para prática de determinado ato ou para suportar efeitos, emergente em regra da titularidade de uma relação jurídica ou de uma situação de fato com efeitos jurídicos, asseguradora de plena eficácia desse mesmo ato, e, pois, da responsabilidade pelos efeitos, relativamente àqueles atingidos por estes.²⁴

Os legitimados para propor a ação civil pública estão relacionados em um rol taxativo do artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública, portanto, independentemente da relevância do interesse em discussão somente os que estão listados no referido artigo poderão propor a ação.

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

²² SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23 ed, São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2, p. 142.

²³ MEZZOMO, Marcelo Colombelli. *A fragmentação da causa de pedir, o pedido e a cumulação de demandas frente à eficácia preclusiva da coisa julgada*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 690, 26 maio 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6767>>. Acesso em: 15 jun. 2011.

²⁴ DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*, São Paulo: Saraiva, 2001, p.196.

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.²⁵

É evidente que, dentre os legitimados, o Ministério Público encontra-se em posição privilegiada para o ajuizamento da ação civil pública, haja vista a sua independência funcional e as suas atribuições serem voltadas para a defesa dos interesses tutelados por meio desta ação. Aliás²⁶, se o Ministério Público não intervier no processo como parte, atuará sempre como fiscal da lei (art. 5º, § 1º). Isso significa, ademais, que apenas será necessária a presença de um Promotor de Justiça nos autos. A doutrina se refere também a intervenção *custus juris*, ou seja, não só para tutela da lei, mas do direito no caso, ao ordenamento jurídico constitucional.

É desnecessária a intervenção do Ministério Público como fiscal da lei (CDC, art. 82), em ação civil pública que for ajuizada pelo próprio MP (STJ, 2ª Turma, REsp 156291-SP, rel. Min. Adhemar Maciel, j. 9.10.1998, DJU 1.2.1999). Portanto, não há necessidade de intervenção do Ministério Público como *custus legis* em ação civil pública em que o *Parquet* figure como autor ou litisconsorte do autor.²⁷

Pedro Lenza²⁸ diz que a legitimação para a tutela coletiva é extraordinária, autônoma, exclusiva, concorrente e disjuntiva. Extraordinária já que haverá sempre substituição da coletividade. Autônoma no sentido de ser a presença do legitimado

²⁵ BRASIL. *Lei Federal n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências*. In: VadeMecum Compacto de Direito Rideel/ Obra Coletiva de autoria da Editora Rideel. – São Paulo: Rideel, 2010

²⁶ ZANETI, Hermes Jr. e Leonardo de Medeiros Garcia. *Direitos Difusos e Coletivos – Lei da Ação Civil Pública – Lei nº 7.347/1985; Título III do CDC – Lei nº 8.078/1990; Lei da Ação Popular – Lei nº 4.717/1965; Mandado de Segurança Coletivo – arts. 21 e 22 da Lei nº 12.016/2009 – Dicas para realização de provas de concursos artigo por artigo*. São Paulo: Juspodvim. 2010. p. 67

²⁷ ZANETI, Hermes Jr. e Leonardo de Medeiros Garcia. *Direitos difusos e coletivos – lei da ação civil pública – lei nº 7.347/1985; título III do cdc – lei nº 8.078/1990; lei da ação popular – lei nº 4.717/1965; mandado de segurança coletivo – arts. 21 e 22 da lei nº 12.016/2009 – dicas para realização de provas de concursos artigo por artigo*. São Paulo: Juspodvim. 2010. p. 68

²⁸ LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.186.

ordinário, quando identificado, totalmente dispensada. Exclusiva em relação à coletividade substituída, já que o contraditório se forma suficientemente com a presença do legitimado ativo. Concorrente em relação aos representantes adequados, que concorrem entre si em igualdade para a propositura da ação. Disjuntiva já que qualquer entidade poderá propor a ação sozinha, sem a anuência, intervenção ou autorização dos demais.

Édis Milaré²⁹ pondera acerca da legitimidade passiva das pessoas jurídicas públicas na ação civil pública, sustentando que:

...parte passiva na ação ambiental será o responsável pelo dano ou pela ameaça de dano, seja pessoa jurídica, inclusive a Administração Pública. Entendemos que o Poder Público poderá sempre figurar no pólo passivo de qualquer demanda dirigida à reparação do meio ambiente: se ele não for responsável por ter ocasionado diretamente o dano, por intermédio de um de seus agentes, o será ao menos solidariamente, por omissão no dever que é só seu de fiscalizar e impedir que tais danos aconteçam. Ao Estado restará, no entanto, voltar-se regressivamente, neste último caso, contra o direito causador do dano.

Por fim, os legitimados passivos são todos aqueles responsáveis que, de forma direta ou indireta, estejam na iminência de causar ou que já tenha consumados dano aos bens jurídicos tutelados pela ação civil pública, sejam eles pessoas físicas, jurídicas, privadas ou estatais.

1.4. Objeto da ação civil pública

São elementos da ação, na teoria geral do processo, as partes, o pedido e a causa de pedir. Quando ajuíza uma ação, a parte formula um pedido para que haja uma providência jurisdicional que proteja o bem pretendido. Esse pedido é que constitui objeto da ação. Pode-se distinguir no pedido um objeto imediato e um objeto mediato. Constitui objeto imediato a providência jurisdicional postulada na

²⁹ MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação civil pública. Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 847.

demanda: a condenação do réu a indenização, a declaração da relação jurídica, etc. Objeto mediato é o bem que o autor pretende conseguir por meio dessa providência.³⁰

O objeto imediato da ação civil pública encontra-se no art. 3º da Lei 7.347/85, que estabelece que a ação civil pública poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Já o art. 11º prevê a possibilidade de execução específica e cominação de multa diária, no caso de descumprimento da obrigação de não fazer ou fazer. Analisando-se o art. 3º c/c art.11º verifica-se que o objeto imediato dessa ação tem natureza condenatória e cominatória.³¹

O objeto imediato é aquele em vai ter uma condenação em dinheiro ou obrigação de fazer ou não fazer. Caso não seja possível retornar ao estado de origem o bem lesado, a indenização será revertida para um fundo “gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.”³²

Objeto mediato da ação civil pública são os bens mencionados nos incisos I a V do art. 1º da Lei n.7.347/85, e todo e qualquer direito difuso ou coletivo, como autorizam o art. 129, III, da Constituição Federal de 1988.³³Incluí-se, portanto, no campo de proteção da Lei n.7.347/85 a defesa do meio ambiente, do consumidor e do chamado patrimônio cultural (bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico) e de qualquer outro interesse difuso ou coletivo (inclusão do inciso IV à Lei 7.347/85, advinda por meio do artigo 110 da Lei 8.078/90 – o CDC)³⁴.

³⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.67.

³¹ SÁ, José Adonis Callou de Araújo. *Ação civil pública e controle de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.103.

³² LOUREIRO, Caio Márcio. *Ação civil pública e o acesso à justiça*. São Paulo: Método, 2004. p. 157

³³ SÁ, José Adonis Callou de Araújo. *Ação civil pública e controle de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.103.

³⁴ MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5 ed., 1993, p.73.

1.5. Coisa Julgada

A coisa julgada surgiu com a necessidade de tornar inalterável uma decisão em grau definitivo, pois, parece ser intrínseco ao ser humano não se conformar com decisões contrárias.

Evidencia-se que o processo, como instrumento político/jurídico de composição de conflitos, não poderia ser indefinido, impondo-se sua limitação temporal.³⁵

Dinamarco explica a necessidade da coisa julgada de maneira clara, sendo:

...a função da coisa julgada *tout court* é a de proporcionar *segurança nas relações jurídicas*, sabendo-se que a insegurança é gravíssimo fator perverso que prejudica os negócios, o crédito, as relações familiares e, por isso, a felicidade pessoal das pessoas ou grupos. A imutabilidade de sentença e de seus efeitos é um dos mais importantes pesos responsáveis *pelo equilíbrio entre exigência opostas*, inerente a todo sistema processual.³⁶

O artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública disciplina o tema ora estudado, *in verbis*:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se da nova prova.³⁷

Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso³⁸, no direito brasileiro, como se infere do artigo 16 da Lei 7.347/85 e dos dispositivos de regência no código de

³⁵ FERREIRA, Rony. *Coisa julgada nas ações coletivas: restrição do artigo 16 da LACP*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004. p. 73.

³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 296.

³⁷ BRASIL. *Lei Federal n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências*. In: VadeMecum Compacto de Direito Rideel/ Obra Coletiva de autoria da Editora Rideel. – São Paulo: Rideel, 2010

³⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 9 ed., 2004, p.423.

defesa do consumidor (artigo 103, incisos e parágrafos; artigo 104 e 117), buscou-se a técnica da coisa julgada *secundum eventum litis*, com a possibilidade de transporte, *in utilibus*, do julgado coletivo em prol das demandas individuais.

Na mesma linha, Adonis Callou de Araújo Sá, diz que o sistema adotado no Brasil, resultante da disciplina da Lei 7.347/85 e o código de defesa do consumidor é a chamada coisa julgada *erga omnes secundum eventum litis*, atingindo os ausentes do processo apenas quando os beneficia.³⁹

Caso o pedido for declarado improcedente por falta de provas outra ação poderá ser proposta, se surgirem novas provas.⁴⁰

Acerca dos limites subjetivos da coisa julgada na ação civil pública em defesa de interesses difusos, disciplina Ada Pellegrine Grinover⁴¹ apresentando três casos possíveis como referência:

- a.) O pedido formulado na ação coletiva é acolhido. A sentença prevalece em definitivo, perante todos os membros da coletividade, que podem valer-se da coisa julgada em benefício de suas pretensões individuais.
- b.) O pedido é rejeitado, pelo mérito. Aqui, compete distinguir: os efeitos produzem-se *erga omnes*, com relação a todos os entes e pessoas legitimados pelo art. 82, impedindo o ajuizamento de nova ação coletiva pelo mesmo fundamento. Mas não fica preclusa a via à ações individuais, com idêntico fundamento, por iniciativa dos titulares de interesses e direitos pertencentes pessoalmente aos integrantes da coletividade.
- c.) O pedido é rejeitado por insuficiência de provas. A sentença não se reveste da autoridade da coisa julgada material e qualquer legitimado (inclusive aquele que havia intentado a primeira demanda) poderá renovar a ação, com idêntico fundamento.

A coisa julgada nas ações coletivas de proteção aos direitos individuais homogêneos será *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido. Se julgado improcedente o pedido, os interessados que não tiverem intervindo no

³⁹ SÁ, José Adonis Callou de Araújo. *Ação civil pública e controle de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.123.

⁴⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo*. 4 ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2004. p 35-36

⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrine *et al.* *Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do projeto*. 6 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária. p. 824.

processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual (art. 103, § 2.º).⁴²

Por fim, a regra do artigo 104 do código de defesa do consumidor prevê que as ações coletivas previstas no artigo 81 (interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos) não induzem litispendência para as ações individuais. Contudo, os efeitos *erga omnes* ou *ultra partes* da coisa julgada não beneficiarão os autores das ações individuais, se não requerida a sua suspensão no prazo de trinta dias, contado este da ciência do ajuizamento da ação coletiva.⁴³

⁴² SÁ, José Adonis Callou de Araújo. *Ação civil pública e controle de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.126.

⁴³ SÁ, José Adonis Callou de Araújo. *Ação civil pública e controle de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.126-127

2. DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

2.1. Da obrigação tributária como interesse difuso ou coletivo

Entre os casos de cabimento da ação civil pública elencados no art. 1º da Lei nº 7.347/85 não é encontrada a hipótese de dano ao contribuinte. Todavia, grande parte dos defensores da aplicabilidade da ação civil pública em matéria tributária argumenta que o direito dos contribuintes de não pagar tributo inconstitucional está inserido no rol dos interesses difusos, por afetar um universo de pessoas indetermináveis e ter seu objeto indivisível.⁴⁴

Desta feita, faz-se necessária uma análise de tal entendimento.

Ricardo Lobo Tôrres fornece louvável definição de relação tributária.

Vejamos:

A relação jurídica tributária é complexa, pois abrange um conjunto de direitos e deveres do Fisco e do contribuinte. A Fazenda Pública tem o direito de exigir do contribuinte o pagamento do tributo e a prática de atos necessários a sua fiscalização e determinação; mas o dever de proteger a confiança nela depositada é pelo contribuinte. O sujeito passivo, por seu turno, tem o dever de pagar o tributo e de cumprir os encargos formais necessários à apuração de débito; mas tem o direito ao tratamento igualitário por parte da Administração e ao sigilo com relação aos atos praticados.⁴⁵

Essa relação jurídica tributária tem natureza de relação obrigacional, decorrente da lei.⁴⁶

A obrigação tributária, especialmente a obrigação principal, caracteriza-se, eminentemente, por seu caráter patrimonial, já que se traduz sempre em uma quantia em dinheiro ou em valor que em moeda se possa exprimir e converter, a ser

⁴⁴ ABREU, Vinícius Caldas da Gama e. *Ação civil pública em matéria tributária*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 61, 1 jan. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3610>>. Acesso em: 13 jun. 2011.

⁴⁵ TÔRRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 12 ed. Atual. 2005, p.232.

⁴⁶ TÔRRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 12 ed. Atual. 2005, p.232.

recolhida aos cofres públicos. Essa patrimonialidade da obrigação tributária dá a ela, em relação ao contribuinte, caráter de direito disponível.⁴⁷

Corroborando esse entendimento, Cleide Previtalli Cais diz que os direitos difusos jamais compreenderão temas tributários, marcados pela divisibilidade, identificação do titular e disponibilidade, posto que de cunho eminentemente patrimonial.⁴⁸

Os direitos disponíveis são aqueles que o titular pode dispor de seu direito⁴⁹. E, ao que parece, é o que ocorre na prática quando um contribuinte recolhe um tributo inconstitucional, e conseqüentemente, indevido.

Ora, o contribuinte que recolheu uma quantia indevida aos cofres públicos não é obrigado a requerer seu ressarcimento. Se assim o fosse, teria seu direito de propriedade flagrantemente ferido. Cada indivíduo tem controle próprio sobre seu patrimônio, podendo dele dispor no momento em que desejar, não sendo obrigado a tecer explicações, a quem quer que seja, dos motivos que o levaram a tal atitude.

Carlos Victor Muzzi Filho bem ressalta essa questão, em tese apresentada ao XXIV Congresso Nacional de Procuradores do Estado:

Ressalte-se que aos contribuintes é conferida, pela Constituição da República, uma série de garantias, que limitam o poder de tributar. Estas garantias, sim, são indisponíveis, mas se dirigem, precipuamente, ao legislador, condicionando a atividade legislativa. Porém, a existência de tais garantias não altera o caráter patrimonial e disponível da obrigação tributária.⁵⁰

Dessa maneira, se o contribuinte tem a faculdade de dispor do seu dinheiro, não sendo cogente o requerimento de sua repetição ao pagar um tributo

⁴⁷ ABREU, Vinícius Caldas da Gama e. *Ação civil pública em matéria tributária*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 61, 1 jan. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3610>>. Acesso em: 13 jun. 2011.

⁴⁸ CAIS, Cleide Previtalli. *O Processo Tributário*, 2ed, São Paulo: RT, 1996. p. 213. Grifos no original.

⁴⁹ PENTEADO JUNIOR, Cassio M. C.. *Os direitos patrimoniais disponíveis e as regras de julgamento na arbitragem*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 363, 5 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5360>>. Acesso em: 15 jun. 2011.

⁵⁰ MUZZI FILHO, Carlos Victor. *Impropriedade da ação civil pública em matéria tributária*. Tese apresentada ao XXVI Congresso Nacional de Procuradores do Estado, Campos de Jordão, SP, 1998, p. 5.

inconstitucional, pode-se excluir esse direito do rol dos direitos difusos, já que ausente um de suas características, qual seja a indisponibilidade.

Ademais, não é a disponibilidade da obrigação tributária, em relação ao contribuinte que recolheu tributo inconstitucional, a única característica que lhe desconfigura como direito difuso. Também ausentes do rol de características dos direitos difusos estão a indeterminação de seus sujeitos, bem como a indivisibilidade de seu objeto não se aplicam à obrigação tributária.

Hugo de Brito Machado explica que "Só a partir da incidência de uma lei tributária inconstitucional é que alguém, em cujo patrimônio repercutiu aquela incidência, poderá promover a ação adequada para a proteção de seu direito".⁵¹ Dessa definição podemos concluir que o direito subjetivo do contribuinte em não pagar certo tributo inconstitucional só existe a partir da incidência da norma.⁵²

Quando a lei tributária incide no caso concreto, a partir do acontecimento da hipótese de incidência nela descrita, a administração confere certeza, liquidez e exigibilidade à obrigação tributária gerada através do procedimento administrativo denominado lançamento. E, o lançamento tem, entre outras funções descritas no art. 142 do Código Tributário Nacional, a de determinar o montante do total devido e a de individualizar os sujeitos passivo da obrigação tributária.

A determinação do montante devido por cada sujeito passivo da obrigação tributária afasta completamente a possibilidade da inserção da obrigação tributária entre os interesses difusos e coletivos, que são eminentemente caracterizados por sua natureza indivisível. E, a individualização dos sujeitos passivos exclui, mais uma vez, sua inserção entre os direitos difusos, caracterizados pela indeterminabilidade dos interessados.

⁵¹ MACHADO, Hugo de Brito. *Ministério público e ação civil pública em matéria tributária*. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 52, jan. 2000, p. 87.

⁵² MACHADO, Hugo de Brito. *Ministério público e ação civil pública em matéria tributária*. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 52, jan. 2000, p. 87.

2.2. Da obrigação tributária como interesse individual homogêneo

Em análise feita no item anterior foi descartada a hipótese da obrigação tributária, em relação ao contribuinte que recolheu tributo inconstitucional, configurar-se em direito difuso ou em direito coletivo.⁵³

O art. 117 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor acrescentou à Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, dentre as hipóteses de cabimento da ação civil pública, a defesa dos direitos individuais homogêneos.⁵⁴ Isso, em tese, seria ponto crucial para a legitimação do uso da ação civil pública em matéria tributária, principalmente no que tange ao direito de oposição à cobrança de um tributo indevido por inconstitucional. Tal assertiva, contudo, merece análise mais detalhada.

Tal dispositivo veio especialmente para zelar os direitos dos consumidores e regular as relações de consumo.

Francesco Conte se manifestou sobre o tema:

O aspecto nodal, para o correto enfoque do tema, repousa na circunstância de que os interesses ou direitos individuais homogêneos (art. 21 da Lei nº 7.347/85, introduzido pela Lei nº 8.087/90 - Código de Defesa do Consumidor) somente podem ser resguardados, através de ação civil pública, quando os seus titulares sofram danos na condição de consumidores.⁵⁵

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, em seu art. 2º define consumidor como sendo "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final". O parágrafo único do mesmo artigo segue dispondo que "Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo". Já o artigo

⁵³ ABREU, Vinícius Caldas da Gama e. *Ação civil pública em matéria tributária*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 61, 1 jan. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3610>>. Acesso em: 13 jun. 2011.

⁵⁴ BRASIL. *Lei Federal n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências*. In: VadeMecum Compacto de Direito Rideel/ Obra Coletiva de autoria da Editora Rideel. – São Paulo: Rideel, 2010

⁵⁵ CONTE, Francesco. *Notas sobre o descabimento da ação civil pública em matéria tributária*. São Paulo: Revista Dialética de Direito Tributário, n. 30, mar. 1998, p. 40.

seguinte da mesma carta legal dá a definição de fornecedor, qual seja "toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços".

Com efeito, a previsão contida no art. 82, da Lei nº 8.078/90, que, em tese, autorizaria o *Parquet* e outras entidades a ajuizar ação civil pública para a defesa de interesses individuais homogêneos, está condicionada pelo *caput* do art. 81, do mesmo diploma. Referida norma trata da defesa dos interesses e direitos dos consumidores e, inegavelmente, contribuinte não é consumidor. Este último, nos termos do art. 2º, da mesma Lei nº 8.07/90, é "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utilize produto ou serviço como destinatário final", ao passo que o contribuinte é sujeito passivo de obrigação tributária, situação jurídica que decorre diretamente da lei, independentemente da aquisição ou utilização de produto ou serviço.⁵⁶

Fazendo uma análise das definições acima apresentadas percebe-se que os conceitos de consumidor e contribuinte em nada se assemelham. O contribuinte é toda pessoa, física ou jurídica, que arca com o ônus do pagamento do tributo. O contribuinte não é assim chamado porque adquire um produto ou um serviço, mas sim porque realizou a hipótese de incidência da obrigação previamente descrita em lei e suportou a carga do tributo gerado.⁵⁷

⁵⁶ MUZZI FILHO, Carlos Victor. *Impropriedade da ação civil pública em matéria tributária*. Acesso em: 5/06/2011. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/21155/public/21155-21156-1-PB.pdf>>

⁵⁷ ABREU, Vinícius Caldas da Gama e. *Ação civil pública em matéria tributária*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 61, 1 jan. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3610>>. Acesso em: 13 jun. 2011.

2.3. Controle de constitucionalidade

2.3.1. A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil

A Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824 não adotou nenhum sistema de controle de constitucionalidade dos atos ou omissões do poder público. Isso se deveu, certamente, à decisiva influência que o direito brasileiro sofreu da concepção inglesa da supremacia do Parlamento e do dogma francês da rígida separação de Poderes. Dita influência resultava cristalina da redação do art. 15, incisos VIII e IX da Carta imperial, que assegurou ao Poder Legislativo a atribuição de “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las”, bem assim de “velar na guarda da Constituição”. Tal disposição cuidou de assegurar o dogma da supremacia do Parlamento.⁵⁸

Para além disso, havia ainda o Poder Moderador, com a função de coordenar e manter a independência entre os outros Poderes, o que tornava inviável o exercício do controle de constitucionalidade pelo Judiciário.⁵⁹

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, previu o controle judicial da constitucionalidade das leis. Aliás, esse controle já aparecia nítido desde a Constituição Provisória de 22 de junho de 1890 (Decreto n. 510, art. 58, parágrafo primeiro, alínea *b* e no Decreto n. 848 de 11 de outubro de 1890, que organizou a Justiça Federal (art. Nono, parágrafo único, alíneas *a* e *c*). Reproduzindo esses dispositivos, a Constituição de 1891 facultou para o Supremo Tribunal Federal, “quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela” (art. 59, alínea *a*).⁶⁰ O art. 13 da lei nº 221 de 20/11/1894 aperfeiçoou o sistema difuso ao determinar que os juízes e tribunais deverão deixar de aplicar aos casos ocorrente, as leis e os regulamentos manifestamente inconstitucionais.⁶¹

⁵⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade – teoria e prática*. Salvador: JusPodivm. 2008. 3 ed.p. 83.

⁵⁹ SÁ, José Adonis Callou de Araújo. *Ação civil pública e controle de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.64.

⁶⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade – teoria e prática*. 3 ed., Salvador: JusPodivm. 2008. p. 84.

⁶¹ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p.154.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, manteve o controle judicial difuso, incidental e sucessivo da constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público (art. 76, III, *b* e *c*), introduzindo no sistema, contudo, relevantes inovações⁶², “de sorte que, aos poucos, o sistema se afastara do puro critério difuso com a adoção de aspectos do *método concentrado*, sem, no entanto, aproximar-se do europeu”.⁶³

Segundo Paulo Bonavides, a Constituição de 1934 foi de grande importância como marco na progressão do Brasil rumo ao controle de constitucionalidade direto. Primeiramente, o constituinte determinou que a declaração de inconstitucionalidade somente poderia ser realizada pela maioria absoluta de votos da totalidade dos juízes dos tribunais.⁶⁴ A segunda novidade foi a competência dada ao Senado Federal para suspender a execução, total ou parcialmente, de qualquer lei ou ato cuja inconstitucionalidade tenha sido declarada pelo Poder Judiciário. A terceira novidade foi a provocação do Procurador-Geral da República para que a Corte Suprema tomasse conhecimento de lei federal que houvesse decretado a intervenção, a ação direta interventiva, que condicionava a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado, à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal.⁶⁵

Uma outra grande inovação da Constituição de 1934 foi a instituição do mandado de segurança para a defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade, sendo eficiente instrumento de controle difuso ao lado do *habeas corpus*.⁶⁶

Conforme preleciona Gilmar Mendes, a Carta de 1934 vedou ao Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas, tendo o mandado de segurança perdido o *status* de garantia constitucional, passando a ser disciplinado pela lei

⁶² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade – teoria e prática*. 3 ed., Salvador: JusPodivm. 2008. p. 86

⁶³ SILVA, José Afonso da. *Cursode direito constitucional positivo*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 52

⁶⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7.ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p.296.

⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7.ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p.296.

⁶⁶ SÁ, José Adonis Callou de Araújo. *Ação civil pública e controle de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.66.

ordinária, tendo, ainda, o Código de Processo Civil de 1939 excluído da apreciação judicial no mandado de segurança, os atos do Presidente da República, dos Ministros de Estado, dos governadores e interventores dos Estados.⁶⁷

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, autoritariamente imposta ao povo brasileiro, manteve, no essencial, o modelo de controle da constitucionalidade inaugurado em 1891 (art. 101, III, alíneas *b* e *c*, da CF/37). Por outro lado, trouxe um retrocesso, ao pretender enfraquecer a supremacia do Poder Judiciário no exercício do controle da constitucionalidade das leis, possibilitando ao Poder Executivo tornar sem efeito a decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Tribunal, quando a lei declarada inconstitucional, por iniciativa do Presidente da República, fosse confirmada pelo voto de dois terços de cada uma das Casas Legislativas (art. 96, parágrafo único). Ora, como na época não funcionava o Poder Legislativo, que não foi convocado, cabia ao próprio Presidente da República exercer, mediante simples decreto-lei, essa faculdade.⁶⁸

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, restaurou a pureza da doutrina norte-americana da supremacia do Poder Judiciário em matéria de controle de constitucionalidade. Efetivamente, recuperada a democracia usurpada pelo regime anterior, caiu a arbitrária norma do art. 96, parágrafo único, da Constituição anterior. Foi mantido o modelo difuso-incidental de 1891 (art. 101, III) e reinseridas as inovações trazidas pela Constituição de 1934 e suprimidas pelo regime de 37 (representação interventiva e suspensão pelo Senado Federal da execução da lei declarada inconstitucional pelo Judiciário). O Poder Judiciário reconquistou sua supremacia, cabendo a ele a última palavra em questões de natureza constitucional.⁶⁹

A Emenda Constitucional nº 16, de 26 novembro de 1965, institui paralelamente à representação interventiva, o controle abstrato de

⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade – aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 181.

⁶⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade – teoria e prática*. 3ed., Salvador: JusPodivm. 2008. p. 87.

⁶⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade – teoria e prática*. 3ed. Salvador: JusPodivm. 2008. p. 87

constitucionalidade, por via de ação direta, chamada de representação, que deveria ser ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal e, apenas o Procurador-Geral da República tinha legitimidade para tal.⁷⁰ Autorizou, ainda, os Estados a criarem controles de constitucionalidade, pelos tribunais de justiça, de atos municipais contrários às Constituições dos Estados.⁷¹

A Constituição do Brasil de 24 de janeiro de 1967 manteve o sistema anterior implantado pelas Constituições passadas, trazendo pequenas alterações. Com efeito, não manteve o dispositivo, acrescentado pela emenda constitucional nº 16-65, que autorizava os Estados a instruírem a representação de inconstitucionalidade genérica das leis municipais em face de suas Constituições Estaduais.⁷²

A Emenda nº 01 de 1969 não alterou o modelo da Constituição de 67, admitindo, contudo, a instituição, pelos Estados, da representação interventiva para assegurar a observância dos princípios sensíveis indicados na Constituição estadual (art. 15, parágrafo terceiro, *d*, da Constituição).⁷³

A Emenda nº 7 de 1977 instituiu a representação para efeito de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, outorgando ao Procurador-Geral da República a legitimidade para provocar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal.⁷⁴

A Constituição de 1988 ampliou o modelo concentrado-principal da constitucionalidade, com a instituição: a) da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ao lado da já existente ação direta de inconstitucionalidade por ação, ampliando a legitimidade ativa para a propositura destas ações e quebrando o monopólio outorgado ao Procurador-Geral da República (atualmente, o processo e o

⁷⁰ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 155.

⁷¹ SÁ, José Adonis Callou de Araújo. *Ação civil pública e controle de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.68.

⁷² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade – teoria e prática*. 3 ed., Salvador: JusPodivm. 2008. p. 88

⁷³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade – teoria e prática*. 3 ed., Salvador: JusPodivm. 2008. p. 89

⁷⁴ SÁ, José Adonis Callou de Araújo. *Ação civil pública e controle de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.68.

julgamento da ação direta de inconstitucionalidade perante o STF estão disciplinados na Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999); b) da ação declaratória de constitucionalidade, com a previsão de efeito vinculante das decisões de mérito, em face da emenda constitucional nº 03/93 (igualmente, o processo e o julgamento da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF estão disciplinados na Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999), d) mantendo, ademais, a ação direta de inconstitucionalidade interventiva.⁷⁵

O controle jurisdicional abstrato foi ampliado, tendo sido criado na Constituição Federal de 1988 a inconstitucionalidade por omissão e alargado os legitimados para a propositura da ação direta. Agora são legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa, o Governador de Estado, o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (Constituição Federal, art. 103).⁷⁶

Diversos são os modelos e sistemas de controle, cujas características decorrem das peculiaridades de cada ordenamento jurídico. Em linhas gerais, Canotilho classifica-os assim: a) Quanto aos sujeitos do controle, pode ser político, quando feito pelos órgãos políticos, tais como assembleias representativas, ou jurisdicionais, quando feito pelos órgãos Poder Judiciário, que pode ser exercido pelo sistema difuso, quando a competência é atribuída a todos os órgãos judiciários, ou pelo sistema concentrado, quando a competência é atribuída a um único órgão, com exclusão dos demais; b) quanto ao modo de controle, pode ser por via incidental, quando a questão constitucional é levantada no decurso de um caso concreto submetido à apreciação do Judiciário, por isso também denominado de controle concreto, ou por via principal, quando a questão constitucional é levantada em um processo autônomo, junto a um Tribunal Constitucional, em razão do que se denomina também controle abstrato; c) finalmente, quanto ao tempo em que o

⁷⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade – teoria e prática*. 3 ed., Salvador: JusPodivm. 2008. p. 89-90

⁷⁶ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 156.

controle é exercido, pode ser preventivo, quando é feito na fase de elaboração da lei ou ato normativo, ou sucessivo, quando é feito a *posteriori*, ou seja, após a entrada em vigor da lei ou ato normativo.⁷⁷

Para o presente trabalho cabe, apenas, analisar o controle de constitucionalidade exercido pelos órgãos do Poder Judiciário, chamado controle jurisdicional. Nessa modalidade de controle, a fiscalização da constitucionalidade é exercida, em regra, a *posteriori*, ou seja, quando a lei já se encontra produzindo, ou pelo menos está apta a produzir, efeitos no mundo jurídico.

2.3.2. Controle difuso e abstrato

O controle difuso de constitucionalidade está previsto no ordenamento jurídico brasileiro, de forma implícita, em alguns dispositivos da Constituição Federal, como o art. 102, inciso II, alínea “b”, e o art. 52, inciso X.⁷⁸

Pelo sistema difuso, qualquer órgão do Poder Judiciário pode apreciar questão de inconstitucionalidade, arguida incidentalmente no curso de um processo como questão prejudicial de mérito. O incidente de inconstitucionalidade pode ser arguido pelo autor da ação, como fundamento para a procedência da demanda principal, pelo réu, como meio de defesa (via de exceção), ou ainda declarada pelo próprio juiz, *ex officio*, mas sempre num caso concreto, razão pela qual denomina-se também “controle concreto”.⁷⁹

A declaração de inconstitucionalidade *ex officio* não constitui apenas um poder conferido ao juiz, mas também, e principalmente, um dever. Mesmo que

⁷⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 887-893.

⁷⁸ BRASIL. *Constituição da república Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. In: VadeMecum Compacto de Direito Rideel/ Obra Coletiva de autoria da Editora Rideel. – São Paulo: Rideel, 2010

⁷⁹ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Malheiros. 30 ed. 2009. p. 479-480.

nenhuma das partes tenha arguido, deve o juiz declarar a inconstitucionalidade da lei se estiver convencido.⁸⁰

Ao Supremo Tribunal Federal foi atribuída a competência para julgamento, via recurso extraordinário, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição.⁸¹

A Emenda Constitucional nº 45/2004 ampliou a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento de Recurso Extraordinário quando se julgar válida lei local contestada em face de lei federal. Foi criado ainda, o requisito da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso para o conhecimento do recurso extraordinário.⁸²

O controle abstrato, direto, concentrado ou por via de ação, é exercido com exclusividade pelo Supremo Tribunal Federal, através da *ação direta de inconstitucionalidade* e da *ação declaratória de constitucionalidade* (Constituição Federal, art. 102, inc. I, alínea “a”, com redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 3, 17/3/1993).⁸³

Segundo o Ministro Moreira Alves, “esse controle concentrado se fez diretamente pelo Supremo Tribunal Federal por meio de processo de natureza objetiva por visar, não à defesa de direitos subjetivos, mas a tutela da Constituição, processo esse desencadeado por representação de inconstitucionalidade proposta exclusivamente pelo Procurador-Geral da República [...]”^{84 85}.

⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 77-78.

⁸¹ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Malheiros. 30 ed. 2009. p. 480.

⁸² MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Malheiros. 30 ed., 2009. p. 480.

⁸³ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Malheiros. 30 ed., 2009. p. 480.

⁸⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADC nº 1, Questão de Ordem. Relator: Moreira Alves. Data do julgamento: 27.10.93. DJ de 05.11.93.

⁸⁵ Todavia, a implantação desse sistema de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade no Brasil não teve a intenção de substituir o tradicional sistema difuso de controle de constitucionalidade, mas de “reduzir a sobrecarga imposta ao Supremo Tribunal Federal”, conforme lembra o Ministro Moreira Alves na referida ADC nº 1, Questão de Ordem.

Esse modelo de controle concentrado de constitucionalidade, como dito anteriormente, permite a fiscalização *in abstracto* de invalidez de uma norma legal, em face do texto constitucional, por meio de uma ação de inconstitucionalidade prevista na própria Constituição. É um controle direto, por via principal ou via de ação, em um processo autônomo, sua decisão retira a norma jurídica do sistema jurídico com eficácia *erga omnes*.⁸⁶

2.3.3. Ação direta de inconstitucionalidade

A ação direta de inconstitucionalidade está prevista nos arts. 102, inciso I, e 103 da Constituição Federal, sendo o seu processamento e julgamento regulados pela Lei n.º 9.868/99. Por meio desta ação, os legitimados exercitam o controle concentrado, direto e abstrato da constitucionalidade das leis e atos normativos em face da Carta Magna.

A legitimação ativa para a ação direta de inconstitucionalidade foi ampliada pela Constituição de 1988, art.103, incisos I a IX, além do Procurador-Geral da República temos o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Partido Político com representação no Congresso Nacional e Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Não é necessária a comunicação ao Senado Federal da decisão de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pois a decisão tem eficácia *erga omnes*.⁸⁷

⁸⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data*. 26 ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p.61

⁸⁷ SÁ, José Adonis Callou de Araújo. *Ação civil pública e controle de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.78-79.

2.3.4. Ação declaratória de constitucionalidade

A ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal foi criada pela Emenda Constitucional nº 3 de 17/03/1993. Alterou-se o art. 102, I, a; e foram criados o § 2.º ao art. 102 e o § 4º ao art. 103, da Constituição Federal. Inseriu-se a ação direta de constitucionalidade na competência originária do Supremo Tribunal Federal e estabeleceram a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante nas decisões de mérito na referida ação. Tratou-se também da legitimidade para a propositura da ação direta de constitucionalidade.⁸⁸

A ação declaratória de constitucionalidade, que consiste num processo objetivo destinado a afastar a insegurança jurídica ou estado de incerteza sobre a validade de lei ou ato normativo federal, busca preservar a ordem jurídica constitucional. As leis e atos normativos são presumidamente constitucionais, mas essa presunção pode ser afastada pelo Poder Judiciário quanto pelo Poder Executivo.⁸⁹

A decisão seria tanto a que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo. Segundo Adonis Callou de Araújo Sá, a finalidade da ação direta de constitucionalidade seria propiciar um exame mais rápido e definitivo da matéria constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, pondo fim às várias interpretações acerca da validade de lei ou ato normativo federal.⁹⁰

Só pode ser objeto de ação declaratória de constitucionalidade a lei ou ato normativo federal e, além disso, é necessário a comprovação da controvérsia judicial que coloque em risco a presunção de constitucionalidade do ato normativo sob exame, a fim de permitir ao Supremo Tribunal Federal o conhecimento das

⁸⁸ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Malheiros. 30ed., 2009. p. 483.

⁸⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 1999, p.579.

⁹⁰ SÁ, José Adonis Callou de Araújo. *Ação civil pública e controle de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.83.

alegações em favor e contra a constitucionalidade e ainda, o modo pelo qual estão sendo decididas as causas que envolvem a matéria.⁹¹

2.3.5. Da ação civil pública intentada como substituta da ação direta de inconstitucionalidade

Uma das grandes impropriedades do uso da ação civil pública ocorre quando ela usurpa funções inerentes à ação direta de inconstitucionalidade. E é exatamente o que acontece quando a ação civil pública é usada no para afastar cobrança de tributo inconstitucional.⁹²

Como a obrigação de contribuir e o valor da contribuição têm que ser fixados em lei, por força do princípio da reserva legal tributária⁹³ (art. 150, I, CF), a ação civil pública exigiria sempre a discussão, *incidenter tantum*, da constitucionalidade ou não da lei. Ora, se a sentença tem eficácia oponível *erga omnes*, como registra o art. 16 da Lei nº 7.347-85, o acolhimento da pretensão implicará, fatalmente, na declaração de inconstitucionalidade com aquele mesmo efeito, fato que ofenderia o sistema adotado para o controle direto ou principal da constitucionalidade das leis, exercido, como se sabe, através das ações constitucionais próprias – a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, parágrafo 2º), a ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a) e a arguição de inconstitucionalidade de preceito fundamental (art. 102, parágrafo 1º).⁹⁴

⁹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo*. 4 ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2004. p 43.

⁹² ABREU, Vinícius Caldas da Gama e. *Ação civil pública em matéria tributária*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 61, 1 jan. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3610>>. Acesso em: 05 set. 2011.

⁹³ Pelo *princípio da legalidade* tem-se a garantia de que nenhum tributo será instituído, nem aumentado, a não ser através de *lei* (CF, art. 150, inc. I). A Constituição é explícita. Tanto a criação como o aumento dependem de lei. Essa explicitude decorreu do fato de que, no art. 153, parágrafo 29, da Constituição anterior a regra vinha formulada juntamente com as ressalvas, e tais ressalvas eram pertinentes apenas aos aumentos. (Hugo de Brito Machado. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Malheiros. 30 ed., 2009. p. 33.)

⁹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo*. 4 ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2004. p 43-44.

Por fim, ao se constatar que uma ação civil pública almeja precipuamente o controle de constitucionalidade, esta deve ter seu processamento entevado, por manifesta tentativa de usurpação de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

3. (IM)POSSIBILIDADE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

3.1. Posicionamento favorável

Na doutrina e no âmbito dos tribunais pátrios ainda não há uma posição unânime sobre a possibilidade ou impossibilidade da aplicação da ação civil pública em questões tributárias.

Em favor do cabimento da ação civil pública em matéria tributária Ricardo Lobo Tôrres defende o uso da ação civil pública entre as ações que os contribuintes podem se valer para ver repellido o direito ao não pagamento de tributo inconstitucional, baseando o seu entendimento no disposto no art. 81 da Lei nº 8.078/90.⁹⁵

Para Luís Roberto Barroso, pode ser arguida a questão constitucional na ação civil pública, desde que o objeto da demanda seja a tutela de uma pretensão concreta e não a declaração em tese da inconstitucionalidade.⁹⁶ Nesse caso, o efeito da sentença vai ser entre as partes como no controle difuso, conforme a ementa reproduzida abaixo:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEI MUNICIPAL. NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO. ELEIÇÃO DE VIA ADEQUADA. CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE. POSSIBILIDADE.

1. Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público contra o Município de Duque de Caxias e contra algumas empresas de ônibus ao argumento de que o serviço de transporte coletivo vem sendo prestado pelas empresas mediante termo de compromisso e obrigações há mais de quarenta anos, sem respeito à Lei de Licitações e à Constituição Federal. Requer-se a nulidade de todos os instrumentos delegatórios outorgados às empresas de ônibus sem a observância do procedimento licitatório e a declaração incidental de inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 1469/69.

2. É pacífico o entendimento nesta Corte Superior no sentido de que a inconstitucionalidade de determinada lei pode ser alegada em ação civil pública, desde que a título de causa de pedir - e não de pedido -,

⁹⁵ TÔRRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 302.

⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 79-80.

uma vez que, neste caso, o controle de constitucionalidade terá caráter incidental. Precedentes.

3. Como se observa, o Parquet pugnou pela nulidade de todos os instrumentos delegatórios outorgados às empresas de ônibus sem a observância do procedimento licitatório. É evidente que o pedido de nulidade de todos os instrumentos delegatórios outorgados às empresas de ônibus sem a observância do procedimento licitatório não incide na hipótese em que o objeto é da ação é a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos. Nesse caso, nada impede que, como fundamento para a decisão, ocorra o controle incidental de constitucionalidade.

4. Recurso especial provido.⁹⁷

Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça como, por exemplo, os Recursos Especiais 1207799/DF⁹⁸, 1188001/SP⁹⁹, 906.136/AC¹⁰⁰

Para Kazuo Watanabe, a ação civil pública é admitida para a defesa de interesses individuais homogêneos, desde que haja expressão coletiva, ou seja, relevância social.¹⁰¹

Na mesma esteira, João Batista¹⁰² assevera que:

Na sustentação da cobrança do tributo indevido (pedido coletivo), como se percebe, há manifesto interesse social evidenciado pela dimensão e característica do dano, posto que este atinge uma gama enorme de pessoas de determinado Município, altamente dispersas, bem como está presente a relevância social do bem jurídico que se busca proteger – a ordem jurídica tributária, tal como exigido no § 1º do art. 82 do CDC.

Nesse sentido, o Ministro Celso de Melo, no Agravo de Instrumento no Recurso Extraordinário 472.489, argumenta que se a defesa dos interesses dos interesses individuais homogêneos envolver relevante abrangência social poderá a

⁹⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1222049/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 26/04/2011, DJe 05/05/2011.

⁹⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1207799/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 26/04/2011, DJe 03/05/2011.

⁹⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1188001/SP, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, julgado em 07/12/2010, DJe 16/12/2010.

¹⁰⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 906.136/AC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 28/09/2010, DJe 15/10/2010.

¹⁰¹ WATANABE, *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini et ali. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado*. 6ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 735.

¹⁰² ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública – Doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda. 2001. p. 71

ação civil pública ser intentada em defesa desses direitos pelos legitimados a propor tal ação.¹⁰³

Apoia o entendimento acima, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento proferido no Recurso Especial 635807/CE, conforme ementa abaixo:

Processual civil e SFH. Recurso especial. Ação civil pública. Direitos individuais homogêneos. Ministério Público. Legitimidade.
 - Os interesses individuais homogêneos são considerados relevantes por si mesmos, sendo desnecessária a comprovação desta relevância.
 - O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública na defesa de interesses individuais homogêneos referentes aos contratos de mútuo vinculados ao Sistema Financeiro de Habitação, porquanto é interesse que alcança toda a coletividade a ostentar por si só relevância social.
 - O Código de Defesa do Consumidor incide nos contratos vinculados ao Sistema Financeiro de Habitação.
 - Recurso especial conhecido e provido.¹⁰⁴

No Recurso Especial nº 109.013-MG, o Relator, Ministro Humberto Gomes de Barros, sustentou a legitimidade do Ministério Público para pleitear, através da ação civil pública, a proibição de cobrança de taxa considerada ilegal.¹⁰⁵ O Relator Ministro Demócrito Reinaldo, no Recurso Especial nº 49.272-6-RS, reconheceu a possibilidade de se questionar, através de ação civil pública, a cobrança de taxa, invocando o Código de Defesa do Consumidor, que teria estendido, "de forma expressa, o alcance da ação civil pública à defesa dos interesses e 'direitos individuais homogêneos'".¹⁰⁶

Em resumo, as argumentações favoráveis seriam: i) a interpretação não restritiva o artigo 81 do código de defesa do consumidor; ii) a ação civil pública podendo declarar a inconstitucionalidade de uma norma de modo difuso, quando o

¹⁰³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 472489 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 29/04/2008, DJe-162 DIVULG 28-08-2008 PUBLIC 29-08-2008 EMENT VOL-02330-04 PP-00811 RTJ VOL-00205-03 PP-01413 RT v. 97, n. 878, 2008, p. 125-130 LEXSTF v. 30, n. 358, 2008, p. 322-333 RMP n. 37, 2010, p. 257-265

¹⁰⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 635807/CE, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/05/2005, DJ 20/06/2005, p. 277

¹⁰⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 109013/MG, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/06/1997, DJ 25/08/1997, p. 39299

¹⁰⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 478.258/PR, Rel. Ministra Demócrito Reinaldo, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/04/2003, DJ 19/05/2003, p. 219

objeto da ação não for a declaração de inconstitucionalidade, tal declaração será feita de modo incidental; e iii) a defesa dos interesses individuais homogêneos, desde que haja um manifesto interesse social.

3.2. Posicionamento contrário

Em posicionamento contrário, José Carvalho Filho entende não ser cabível ação civil pública na seara tributária, pois a obrigação de contribuir e o valor da contribuição emanam de um ato do Poder Público e todos os titulares são individualmente determinados. Portanto, o direito é divisível, porque há perfeita identificação no que toca à dimensão do interesse: cada titular tem direito próprio e reclamará o *quantum* específico referente ao tributo ou à contribuição.¹⁰⁷

Ives Granda Silva Martins leciona que somente o titular de um direito pode dele dispor, não podendo ser substituído por ninguém contra sua vontade, contra sua autorização, contra sua deliberação. O Ministério Público não pode dispor de direito individual de um cidadão, sem que este o autorize, razão pela qual a Constituição Federal outorgou a competência somente para proteção dos direitos individuais indisponíveis.¹⁰⁸

Francesco Conte se manifestou sobre o tema:

O aspecto nodal, para o correto enfoque do tema, repousa na circunstância de que os interesses ou direitos individuais homogêneos (art. 21 da Lei nº 7.347/85, introduzido pela Lei nº 8.087/90 - Código de Defesa do Consumidor) somente podem ser resguardados, através de ação civil pública, quando os seus titulares sofram danos na condição de consumidores.¹⁰⁹

¹⁰⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo*. 4 ed., Rio de Janeiro. Editora: Lúmen Júris. 2004. p 43-44.

¹⁰⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Ação civil pública é veículo imprestável para proteção de direitos individuais disponíveis*. Revista dos Tribunais: São Paulo, v. 707, p. 19-32, set. 1994.

¹⁰⁹ CONTE, Francesco. *Notas sobre o descabimento da ação civil pública em matéria tributária*. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 30, mar. 1998, p. 40.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Ana Maria Scartezzini apreende pelo descabimento da ação civil pública em questões que envolvam tributos com base nos seguintes entendimentos: a) não há possibilidade para o controle de constitucionalidade envolvendo questões tributárias; e b) não há relação de consumo entre o sujeito ativo e sujeito passivo tributário a ensejar a defesa dos interesses individuais homogêneos..¹¹⁰

A ação civil pública não pode ser utilizada como substituta da Ação Direita de Inconstitucionalidade, pois a sentença da ação civil pública tem efeito *erga omnes* e o acolhimento da pretensão implicará na declaração de inconstitucionalidade com aquele efeito e isso ofende o sistema adotado para o controle direto ou principal das leis.

O Ministro Herman Benjamin, no Recurso Especial 840752-PR, afirmou em seu voto que

é indiscutível que o legislador federal obstou essa possibilidade, ao vedar expressamente a Ação Civil Pública para veicular pretensão que envolva tributo (art. 1º, parágrafo único, da Lei 7.347/1985):

Art. 1º, Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

Nesse contexto, é impossível afastar a aplicação da norma, sem declará-la inconstitucional, nos termos da Súmula Vinculante 10/STF.

A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido da inviabilidade da Ação Civil Pública em matéria tributária, mesmo nas demandas anteriores à MP 2.180-35/2001, que incluiu o parágrafo único ao art. 1º da Lei 7.347/1985: (...)¹¹¹

Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes, ao ponderar sobre o tema, não só inadmite a ação civil pública como substituta da ação direta de inconstitucionalidade, bem como não admite também seu uso para o controle meramente concreto:

¹¹⁰ SCARTEZZINI, Ana Maria. *Ação civil pública*. In: WALD, Arnold (Coord.). *Aspectos polêmicos da ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 17.

¹¹¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 840752/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/09/2010, DJe 02/02/2011.

[...] em face das próprias especificidades processuais que caracterizam a ação civil pública, poder-se-ia ainda cogitar de um controle meramente incidental ou concreto de constitucionalidade cuja eficácia restaria limitada às partes envolvidas na controvérsia? Ou, de fato, estamos diante de um processo especialíssimo, de característica notoriamente objetiva, isto é, sem partes, no qual o requerente atua na defesa genérica do interesse público? [...]. A parte ativa nesse processo não atua na defesa de interesse próprio, mas procura defender um interesse público devidamente caracterizado. Assim sendo, afigura-se difícil senão impossível sustentar-se que a decisão que, eventualmente, afastasse a incidência de uma lei considerada inconstitucional, em ação civil pública, teria efeito limitado às partes processualmente legitimadas. [...] Nessas condições, para que se não chegue a um resultado que subverta todo o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, tem-se de admitir a completa inidoneidade da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade, seja porque ela acabaria por instaurar um controle direto e abstrato no plano da jurisdição de primeiro grau, seja porque a decisão haveria de ter, necessariamente, eficácia transcendente das partes formais.¹¹²

Verifica-se o entendimento transcrito, assim, a impossibilidade do uso da ação civil pública utilizada como instrumento de controle de constitucionalidade.

O Ministro Francisco Falcão confirma o entendimento supra, segundo as ementas infra reproduzidas:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. COBRANÇA DE TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. INIDONEIDADE DA VIA ELEITA. MINISTÉRIO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE ATIVA. PRECEDENTES.

I - A ação civil pública não se presta como instrumento de controle de constitucionalidade, não substituindo a ação direta de inconstitucionalidade, objetivando declaração de inconstitucionalidade de lei municipal.

II - O Ministério Público não tem legitimidade para promover ação civil pública visando obstar a cobrança de tributos, por se tratar de direitos individuais homogêneos, identificáveis e divisíveis, que devem ser postulados por seus próprios titulares.

III - Precedentes: REsp nº 302.647/SP, Relator Ministro FRANCIULLI NETTO, DJ de 04/08/2003; REsp nº 252.803/SP, Relator Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ de 14/10/2002; EREsp nº 177.052/SP, Relator Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, DJ de

¹¹² MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e o controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p.379-381.

30/09/2002; e AGREsp nº 333.016/PR, Relator Ministro PAULO MEDINA, DJ de 18/03/2002.

IV - Agravo regimental a que se nega provimento.¹¹³

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSO ESPECIAL. COBRANÇA DE TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE ATIVA.

I - A ação civil pública não se presta como instrumento de controle de constitucionalidade, não substituindo a ação direta de inconstitucionalidade, objetivando declaração de inconstitucionalidade de lei municipal.

II - O Ministério Público não tem legitimidade para promover ação civil pública visando obstar a cobrança de tributos, por se tratar de direitos individuais homogêneos, identificáveis e divisíveis, que devem ser postulados por seus próprios titulares.

III - Precedentes: REsp nº 302.647/SP, Relator Ministro FRANCIULLI NETTO, DJ de 04/08/2003; REsp nº 252.803/SP, Relator Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ de 14/10/2002; EREsp nº 177.052/SP, Relator Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, DJ de 30/09/2002; e AGREsp nº 333.016/PR, Relator Ministro PAULO MEDINA, DJ de 18/03/2002.

IV - Recurso especial improvido.¹¹⁴

Como dito alhures, a obrigação tributária tem como principais características: i) a individualização do sujeito passivo da obrigação tributária, o que já exclui a sua inserção entre os direitos difusos que são caracterizados pela indeterminabilidade dos interessados e; ii) a divisibilidade da obrigação tributária, pois há a determinação do montante devido por cada sujeito passivo da obrigação tributária, isso exclui sua inserção no rol de direitos coletivos.

O voto da Relatora Ministra Eliana Calmon, no Recurso Especial 827.482 - MG, que “não tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública com o objetivo de impedir a cobrança de tributos, uma vez que os direitos do contribuinte, porquanto individuais e disponíveis, devem ser postulados por seus próprios titulares”.¹¹⁵

¹¹³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no REsp 649667/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2005, DJ 04/04/2005, p. 204

¹¹⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 629079/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2005, DJ 04/04/2005, p. 191

¹¹⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 827482/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/02/2008, DJ 28/02/2008, p. 86.

O Ministro Mauro Campbell Marques, em seu voto no Agravo Regimental no Recurso Especial 757.608-DF, confirmou o mesmo entendimento contido no Recurso Especial 827.482-MG, que

“A decisão agravada encontra-se de acordo com a orientação desta Superior Corte a respeito da controvérsia, devendo, por isso, ser mantida. (...) Reitere-se, com base na jurisprudência dominante do STJ, que o Ministério Público não tem legitimidade para promover ação civil pública com o objetivo de impedir a cobrança de tributos na defesa de contribuintes, pois seus interesses são divisíveis, disponíveis e individualizáveis, oriundos de relações jurídicas assemelhadas, mas distintas entre si.”¹¹⁶

Nesse sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, de que a obrigação tributária não pertence aos direitos difusos ou coletivos, conforme ementa a seguir reproduzida:

EMENTA: MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE RIO NOVO-MG. EXIGIBILIDADE IMPUGNADA POR MEIO DE AÇÃO PÚBLICA, SOB ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ACÓRDÃO QUE CONCLUIU PELO SEU NÃO-CABIMENTO, SOB INVOCAÇÃO DOS ARTS. 102, I, a, E 125, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO. Ausência de legitimação do Ministério Público para ações da espécie, por não configurada, no caso, a hipótese de interesses difusos, como tais considerados os pertencentes concomitantemente a todos e a cada um dos membros da sociedade, como um bem não individualizável ou divisível, mas, ao revés, interesses de grupo ou classe de pessoas, sujeitos passivos de uma exigência tributária cuja impugnação, por isso, só pode ser promovida por eles próprios, de forma individual ou coletiva. Recurso não conhecido.¹¹⁷

Cabe ressaltar que o Ministério Público não é o único legitimado a propor ação civil pública, conforme o artigo 5º da Lei De Ação Civil Pública tem legitimidade também a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias, as empresas públicas, as fundações ou sociedades de economia mista e as associações ¹¹⁸, conforme a ementa infra reproduzida:

¹¹⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no REsp 757.608/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 19/08/2009

¹¹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 213631, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/1999, DJ 07-04-2000 PP-00069 EMENT VOL-01986-02 PP-00263 RTJ VOL-00173-01 PP-00288.

¹¹⁸ BRASIL. *Lei Federal n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor*

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INCIDÊNCIA DO ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. ILEGALIDADE DO ART. 33 DA LEI ESTADUAL Nº 6.374/89. ILEGITIMIDADE ATIVA DO MUNICÍPIO. DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS, IDENTIFICÁVEIS E DIVISÍVEIS.

I - Trata-se de ação civil pública em que o Município de Boracéia visa reconhecer a ilegalidade do art. 33 da Lei Estadual nº 3.374/89, que determinou a incidência do ICMS integrando a sua própria base de cálculo, relativo às operações de consumo de energia elétrica.

II - O Município não tem legitimidade para promover ação civil pública visando obstar a cobrança de tributos, por se tratar de direitos individuais homogêneos, identificáveis e divisíveis, que devem ser postulados por seus próprios titulares. Precedentes análogos: REsp nº 71.965/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 16/08/04 e REsp nº 302.647/SP, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, DJ de 04/08/03.

III - Recurso especial provido.¹¹⁹

Outro entendimento utilizado como base para demonstrar o descabimento da ação civil pública em matéria tributária é o de que o acréscimo dos direitos homogêneos no rol de direitos tutelados pela ação civil pública (art. 117, CDC) é para zelar os direitos dos consumidores e regular as relações de consumo. E, conforme dito anteriormente, o consumidor não pode ser equiparado ao contribuinte, o consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, contribuinte é o sujeito passivo da obrigação tributária, situação jurídica que decorre diretamente de lei, independente de da aquisição ou utilização de produto ou serviço.

Corroborando o entendimento acima, a Ministra Denise Arruda, em seu voto no Recurso Especial 521.807/SC, argumenta que

No caso concreto, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública contra a União Federal objetivando a devolução de valores referentes ao empréstimo compulsório sobre veículos e combustíveis (Decreto-Lei 2.288/86), sustentando a inconstitucionalidade da sua cobrança.

O tema já foi amplamente debatido nas Cortes Superiores, as quais proclamaram o entendimento de que o Ministério Público não tem legitimidade para propor a referida ação visando a cobrança de tributo considerado inconstitucional, uma vez que trata-se de

artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. In: VadeMecum Compacto de Direito Rideel/ Obra Coletiva de autoria da Editora Rideel. – São Paulo: Rideel, 2010

¹¹⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 762839/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/08/2005, DJ 07/11/2005, p. 146

interesses individuais homogêneos, identificáveis e divisíveis, devendo ser defendidos, portanto, por seus titulares.

Tal entendimento também é defendido por José dos Santos Carvalho Filho (*"Ação Civil Pública"*, Ed. Lumen Juris, 2004, 4ª ed., pág. 145), ao afirmar que *"essa é, realmente, a orientação que melhor se coaduna com a posição que o Ministério Público ostenta na Carta da República. Nesta são apenas mencionados interesses coletivos e difusos (art. 129, III) e o mesmo se encontra nas leis disciplinadoras da instituição. Assim, não há legitimação ministerial para a tutela de direitos individuais disponíveis e divisíveis de grupo ou classe de pessoas, de modo que nos parecem corretas as decisões que julgaram o Ministério Público, carecedor da ação nesses casos e extinguíram os processos sem julgamento do mérito."*¹²⁰

Nesse sentido é o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento no Recurso Extraordinário 248191-SP diz que o Ministério Público não tem legitimidade para propor ação civil pública para fim de impugnar cobrança de tributos, pois em se tratando de tributo não há entre o sujeito ativo e o sujeito passivo relação de consumo.¹²¹

Com todo o devido respeito que fazem jus as opiniões em contrário, nota-se um equívoco daqueles que admitem a ação civil pública em matéria tributária, até porque toda a fundamentação por eles deduzida se baseia, apenas, na legislação infraconstitucional, não observando os limites das funções institucionais do Ministério Público, fixadas na Constituição da República. Além disso, não há possibilidade de confundir consumidor com contribuinte, sendo certo que a legitimidade do Ministério Público e dos outros entes dispostos no rol do artigo 5º da lei de ação civil pública para a defesa dos interesses individuais homogêneos limita-se às controvérsias decorrentes das relações de consumo.¹²²

Por fim, a Medida Provisória n. 1.984-18, de 1.6.2000, acrescentou parágrafo ao art. 1º da Lei n. 7.347/85, com a seguinte redação:

¹²⁰SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 521.807/SC, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/12/2005, DJ 01/02/2006, p. 433

¹²¹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 248191 AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 01/10/2002, DJ 25-10-2002 PP-00064 EMENT VOL-02088-03 PP-00567

¹²²MUZZI FILHO, Carlos Victor. *Impropriedade da ação civil pública em matéria tributária*.

Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/21155/public/21155-21156-1-PB.pdf>> acesso em 15/09/2011

Art. 1º ...

Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujo beneficiários podem ser individualmente determinados.¹²³

A aludida Medida Provisória, portanto, veda a propositura de ação civil pública em matéria que envolva tributos. Tal preceito legal, ainda que provisório, só veio corroborar o entendimento da maioria da doutrina e da jurisprudência nacional, que vê na ação civil pública meio inadequado para defender o afastamento da cobrança de tributo inconstitucional.¹²⁴

¹²³BRASIL. *Lei Federal n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.* In: VadeMecum Compacto de Direito Rideel/ Obra Coletiva de autoria da Editora Rideel. – São Paulo: Rideel, 2010

¹²⁴ ABREU, Vinícius Caldas da Gama e. *Ação civil pública em matéria tributária.* Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 61, 1 jan. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3610>>. Acesso em: 16 jun. 2011.

CONCLUSÕES

A ação civil pública é o instrumento processual adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro para a defesa dos chamados interesses transindividuais, afetos a uma coletividade de pessoas determináveis ou não. Os direitos transindividuais podem ser difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Os direitos difusos, são atribuídos a uma coletividade de indivíduos não identificáveis, por isso pertencem a todos, mas, ao mesmo tempo, a ninguém em particular, devendo ser efetivados por meio de políticas públicas, ou por via judicial, através da ação civil pública. A indivisibilidade dos direitos difusos é referente ao seu objeto, pois não pode ser quantificado e distribuído entre os membros da coletividade.

Os direitos coletivos surgem de uma relação jurídica comum de um grupo determinado ou determinável de pessoas. Por isso, são caracterizados pela determinabilidade dos seus titulares.

Os direitos individuais homogêneos são de natureza individual, divisíveis e integrantes do patrimônio individual de cada um dos seus titulares. São provenientes de uma causa comum que atinge uniformemente a todos os lesados.

O rol de legitimados para propor ação civil pública está elencado no art. 5º da Lei nº 7.347/85. Tal legitimação é extraordinária, autônoma, exclusiva, concorrente e exclusiva.

A ação civil pública terá como objeto o imediato (condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer) e o mediato (a indenização será revertida para um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais, sendo que o Ministério Público e representantes da comunidade participarão obrigatoriamente).

A Lei n.º 7.347/85 adotou o sistema da coisa julgada *erga omnes*, haja vista que nas ações para a defesa de direitos transindividuais, justamente porque os direitos competem a uma coletividade de sujeitos, muitas vezes não determinados, os limites subjetivos da coisa julgada devem ultrapassar as partes formais do processo, alcançando a todos os titulares do direito material.

Na ação civil pública, o sistema adotado é o da coisa julgada *erga omnes secundum eventum litis*, uma vez que atinge a esfera jurídica dos titulares do direito material apenas quando a demanda for julgada procedente, ou seja, apenas quando for favorável o resultado. Se a ação civil pública for julgada improcedente, em regra, não ficam prejudicadas as ações individuais.

A obrigação tributária não se enquadra no rol dos interesses difusos ou coletivos, porque a obrigação tributária tem como características a divisibilidade, identificação do titular e a disponibilidade, visto que é uma obrigação de cunho eminentemente patrimonial.

A defesa do interesse individual homogêneo foi inserida pelo código de defesa do consumidor para resguardar os direitos dos consumidores, uma vez que contribuinte não se assemelha ao consumidor inconcebível se faz o uso da ação civil pública para a defesa dos direitos individuais homogêneos advindos de uma relação que não seja de consumo.

O sistema misto de controle de constitucionalidade (sistema concentrado e sistema difuso) existe no Brasil, desde a Emenda n.16/65, à Constituição de 1946.

No controle difuso, qualquer órgão do Poder Judiciário pode apreciar questão de inconstitucionalidade, sendo que a declaração de inconstitucionalidade não pode constituir o objeto principal da ação, essa arguição se dá incidentalmente no curso do processo como questão prejudicial de mérito. Aqui, o que se deve objetivar é apenas a retirada de determinada situação jurídica do âmbito de incidência da lei inconstitucional, nunca extirpar a própria lei do mundo jurídico.

O controle concentrado, ao contrário, a questão constitucional não é arguida no interesse das partes em um caso concreto, mas em um processo autônomo especialmente instaurado para a verificação da constitucionalidade de determinada lei, visando à defesa do próprio ordenamento constitucional, e sua decisão retira a norma jurídica do ordenamento jurídico com eficácia *erga omnes*. A questão constitucional é analisada por “via principal”, ou por “via de ação”, e não por via incidental. Esse controle é exercido exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal.

Portanto, é incabível a declaração de inconstitucionalidade na ação civil pública, pois a sentença proferida nessa ação tem eficácia *erga omnes*, fato que ofenderia o sistema adotado para o controle direto da constitucionalidade das leis (ação de direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade) e também constitui usurpação da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

As jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça ainda não pacificou o tema, ora entende pelo cabimento da ação civil pública em matéria tributária, ora é contra descabimento da ação civil pública em questões tributárias. O mesmo ocorre com a doutrina que versa sobre o assunto.

Diante de todo o exposto, não cabe ação civil pública em matéria tributária porque a obrigação tributária não enquadra no rol de direitos coletivos, difusos ou homogêneos, o contribuinte não pode ser comparado ao consumidor e se houver declaração de inconstitucionalidade vai incorrer na usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Vinícius Caldas da Gama e. *Ação civil pública em matéria tributária*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 61, 1 jan. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3610>>. Acesso em: 13 jun. 2011.
- ALMEIDA, João Batista de. Aspectos controvertidos da ação civil pública – Doutrina e jurisprudência. São Paulo: *Revista dos Tribunais*. 2001
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BARROSO, Rodrigo da Silva. *Noções sobre a ação civil pública*. Publicado em 11/05/2008. Disponível em <<http://www.webartigos.com/articles/5974/1/Nocoessobre-A-Acao-Civil-Publica/pagina1.html#ixzz1PNWCSx00>>. Acesso em 09/06/2011.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7ed., São Paulo: Malheiros, 1993.
- CAIS, Cleide Previtalli. *O Processo tributário*, 2 ed., São Paulo: RT, 1996.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2004.
- CONTE, Francesco. Notas sobre o descabimento da ação civil pública em matéria tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 30, mar. 1998.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade – teoria e prática*. 3 ed. Salvador: JusPodivm. 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros. 2001.
- DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*, São Paulo: Saraiva, 2001.
- FERREIRA, Rony. *Coisa julgada nas ações coletivas: restrição do artigo 16 da LACP*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública: nova jurisdição trabalhista metaindividual: legitimação do ministério público*. São Paulo: LTr. 2001.

LENZA, Pedro. Teoria geral da ação civil pública. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2003.

LOUREIRO, Caio Márcio. *Ação civil pública e o acesso à justiça*. São Paulo: Método, 2004.

MACHADO, Hugo de Brito. *Ministério público e ação civil pública em matéria tributária*. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 52, jan. 2000.

_____. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Malheiros. 30 ed. 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1994.

_____. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 9 ed., 2004.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Ação civil pública é veículo imprestável para proteção de direitos individuais disponíveis. *Revista dos Tribunais*: São Paulo, v. 707. set. 1994.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, e outros interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e o controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

_____. *Controle de constitucionalidade – aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. *A fragmentação da causa de pedir, o pedido e a cumulação de demandas frente à eficácia preclusiva da coisa julgada*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 690, 26 maio 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6767>>. Acesso em: 15 jun. 2011.

MILARÉ, Édis (Coord). *Ação Civil Pública. Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MUZZI FILHO, Carlos Victor. *Impropriedade da ação civil pública em matéria tributária*. Tese apresentada ao XXVI Congresso Nacional de Procuradores do Estado, Campos de Jordão, SP, 1998.

_____. *Impropriedade da ação civil pública em matéria tributária*. Acesso em: 5/06/2011. Disponível

em:<<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/21155/public/21155-21156-1-PB.pdf>>

PENTEADO JUNIOR, Cassio M. C.. *Os direitos patrimoniais disponíveis e as regras de julgamento na arbitragem*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 363, 5 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5360>>. Acesso em: 15 jun. 2011.

PINTO, Maria Hilda Marsiaj *apud* Yoshida. *Ação civil pública: fundamentos da legitimidade ativa do ministério público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.

SÁ, José Adonis Callou de Araújo. *Ação civil pública e controle de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Paulo Márcio da. *Inquérito civil e ação civil pública – instrumentos da tutela coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual Civil*. 23 ed. , v. 2, São Paulo: Saraiva, 2004.

TÔRRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 12 ed. Atual. 2005.

SCARTEZZINI, Ana Maria. *Ação civil pública*. In: WALD, Arnold (Coord.). *Aspectos polêmicos da ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2003.

WATANABE, *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini et ali. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado*. 6 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

ZANETI, Hermes Jr. e Leonardo de Medeiros Garcia. *Direitos Difusos e Coletivos – Lei da Ação Civil Pública – Lei nº 7.347/1985; Título III do CDC – Lei nº 8.078/1990; Lei da Ação Popular – Lei nº 4.717/1965; Mandado de Segurança Coletivo – arts. 21 e 22 da Lei nº 12.016/2009 – Dicas para realização de provas de concursos artigo por artigo*. São Paulo: Juspodvim. 2010.